



Roj: **STS 21977/1994 - ECLI:ES:TS:1994:21977**

Id Cendoj: **28079120011994106581**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **18/02/1994**

Nº de Recurso:

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Recurso de casación por infracción de Ley**

Ponente: **JOAQUIN MARTIN CANIVELL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Núm. 564.-

Sentencia de 18 de febrero de 1994

PONENTE: Excmo. Sr don Joaquín Martín Canivell.

PROCEDIMIENTO: Recurso de casación por infracción de ley.

MATERIA: Malversación de caudales públicos; peculado de uso; su diferenciación. Presunción de inocencia. Principio non bis in

idem. Principio de igualdad. Error de hecho en la apreciación de la prueba.

NORMAS APLICADAS: Arts. 849.1 .º y 2.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal . Arts. 14 , 24.2 y 25 de la Constitución

Española. Art. 5.º.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial . Arts. 394 y 396 del Código Penal .

JURISPRUDENCIA CITADA: Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1993 , 9 de febrero de 1993 , 19 de mayo de 1993 , 6 de octubre de 1993 , 15 de noviembre de 1993 , 2 de febrero de 1993 , 17 de mayo de 1993 , 4 de octubre de 1993 , 23 de noviembre de 1993 y 24 de noviembre de 1993 . Sentencias del Tribunal Constitucional de 2/1981 , 159/1985 , 94/1986 y 10 de diciembre de 1991 .

DOCTRINA: No se infringe el principio non bis in idem y es, por tanto, admisible una dualidad de sanciones, cuando cada una de ellas, aunque se refieran al mismo hecho, responde a distinto interés jurídico.

Las figuras de malversación del art. 394 del Código Penal y el denominado peculado de uso de su art. 396 se diferencian por el elemento subjetivo que caracteriza a cada una de ellas, pues mientras que en la primera el funcionario actúa con el ánimo de incorporar caudales públicos a su patrimonio, en el segundo los toma sólo para usarlos con el propósito de reintegrarlos después.

En la villa de Madrid, a dieciocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro.

En el recurso de casación por infracción de ley que ante nos pende, interpuesto por el procesado Carlos Alberto , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Tercera) que le condenó por un delito de malversación de caudales públicos, los componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al final se expresan se han constituido para la vista y fallo bajo la presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr don Joaquín Martín Canivell siendo también parlar el Ministerio Fiscal y estando dicho recurrente representado por el Procurador Sr don José Ignacio de Noriega Arquer.

Antecedentes de hecho

Primero: El Juzgado de Instrucción núm. 2 de los de Gijón instruyó sumario con el núm. 1/1992. rollo de Sala núm. 141/1992. contra Carlos Alberto y una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección Tercera) que con fecha 14 de enero de 1993. dictó Sentencia que contiene el siguiente hecho probado: "Único: Que el procesado Carlos Alberto , mayor de edad y sin antecedentes penales, funcionario del Ilustre





Ayuntamiento de Gijón con categoría de administrativo, fue adscrito a los servicios de la ORA en virtud de Decreto de la Alcaldía de fecha 27 de agosto de 1984 una vez que el 1 de septiembre siguiente finalizaba el desempeño de funciones como empleado en comisión de servicios en la Empresa Municipal de Aguas de esa ciudad. En el destino al que se le adscribió tenía asignados como funciones, que siempre desarrolló sin reserva, el control de la recaudación en el Negociado de Sanciones de Tráfico y el cobro de las Tarjetas de Residentes de ORA. En el ejercicio de tales cometidos y hasta el día 3 de agosto de 1989 el procesado había cobrado importe de multas que no ingreso en la cuenta corriente abierta en la Caja de Ahorros a tal fin ni registró ingresos provenientes de la venta de aquellas tarjetas, todo en cantidad de 2.837.386 ptas que hizo suyas, incluyéndose en esa cifra el importe de 718 tarjetas de residentes, a razón de 2.000 ptas unidad, cuya duplicidad se procuró el procesado para ocultar la venta de originales, todas del año 1989. y para lo que a cargo del Ayuntamiento interesó de la imprenta que las confeccionaba, el suministro de 800. Con motivo de los hechos descritos se incoa al procesado expediente disciplinario el día 21 de septiembre de 1989 una vez que un funcionario encargado del control del negociado con fecha 3 de agosto de 1989, detectó irregularidades en los cobros de multas y despachos de tarjetas dando cuenta aquél día 21 a la Sra. Concejala Encargada de Tráfico. El expediente finaliza por resolución de 2 de abril de 1990 sancionando al procesado con suspensión de funciones por un período de tres años no habiendo sido objeto de recurso alguno. La antedicha cantidad de 2.537.386 ptas fue reintegrada por Carlos Alberto durante la sustanciación del expediente a razón de 2.000.000 de ptas el 2 de octubre de 1989 y el resto. 537.386 ptas el siguiente día 11 de octubre. La iniciación de la causa criminal tuvo lugar en marzo de 1990."

Segundo: La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a Carlos Alberto como autor responsable de un delito ya definido de malversación de caudales públicos concurriendo la circunstancia atenuante muy calificada de arrepentimiento espontáneo a la pena de cuatro años de prisión menor y tres años de suspensión de cargo público, profesión y derecho de sufragio activo y pasivo, debiendo abandonar el importe de las costas procesales causadas."

Tercero: Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley, por el procesado Carlos Alberto, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Cuarto: La representación procesal de Carlos Alberto basó su recurso en los siguientes motivos de casación: 1.º Infracción de preceptos constitucionales, se formula el mismo al amparo del núm. 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como de lo dispuesto en el núm. 4 del art. 5.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial. 2.º Error de hecho, se formula éste, con carácter subsidiario del anterior, a tenor del núm. 2 del art. 849 de la Ley Procesal Penal. 3.º Error de Derecho, con base en el núm. 1 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por indebida aplicación del art. 394.5.º, y no aplicación del art. 396.1.º ambos del Código Penal.

Quinto: Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala admitió el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiere.

Sexto: Hecho el señalamiento para vista, se celebró la misma en 7 de febrero de 1994. con la asistencia del Letrado recurrente doña Margarita García Prado, mostrándose conforme con su escrito de formalización y pasando a informar.

Por la Excm. Sra. Fiscal doña Pilar Hernández Valcárcel, se impugnó el recurso en todos sus motivos, pasando a informar.

Fundamentos de Derecho

Primero: Se invocan para fundar el primer motivo del recurso los arts. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.º.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, basándolo en tres aspectos: Infracción del principio de presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución, infracción del principio non bis in ídem implícitamente contenido en el art. 25.1.º de la Constitución, e infracción del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución. Afirma el recurrente que la infracción al primero de los tres principios que alega se ha determinado por utilizar el Tribunal de instancia como prueba de cargo el expediente administrativo en el que dice se conculcaron a su vez todas las garantías procedimentales y constitucionales, mientras que el segundo principio que dice infringido lo ha sido por imponerle la jurisdicción penal una pena por los mismos hechos y con el mismo fundamento que una sanción administrativa que previamente se le había impuesto y, en cuanto al principio de igualdad dice haber sido conculcado al verse obligado a soportar dos sanciones, penal y administrativa, cuando su condición de funcionario es adjetiva a su persona.



El principio de presunción de inocencia que primordialmente protege a todo acusado de la comisión de un delito, obliga a tenerle por inocente en tanto no haya sido declarado culpable por sentencia de un Tribunal competente dictada tras un juicio oral y público en el que se hayan presentado pruebas de cargo suficientes para desvirtuar la inicial presunción. Sabido es que esta Sala está facultada en casación para comprobar que ante el Tribunal de instancia se ha producido la suficiente prueba de signo acusatorio para destruir la presunción y que esa prueba se ha obtenido sin violentar derechos y libertades fundamentales y en correctas condiciones de inmediación y contradicción generalmente en juicio oral y correspondiendo, sin embargo, en exclusiva la valoración de esas pruebas al Tribunal sentenciador, único que ha gozado de forma irrepetible de inmediación con su práctica, y aunque pudiendo revisar esta Sala en casación los razonamientos utilizados en la valoración de la prueba por el juzgador de instancia que ha de expresar en la preceptiva motivación de su sentencia, en particular si se han respetado criterios lógicos y de experiencia cuando se han realizado inferencias sobre pruebas indiciarias (Sentencias de 29 de enero , 8 , 9 y 20 de febrero , 8 de marzo , 19 de mayo y 6 de octubre de 1993).

En el caso, el Tribunal de instancia no contó como elementos probatorios con el expediente administrativo instruido al recurrente, aunque está incorporada su copia a la causa, sino que oyó además en el juicio oral al propio acusado y a cuatro testigos propuestos por el Ministerio Fiscal. Hubo pues suficiente prueba de cargo en el juicio sobre cuyo testimonio el Tribunal sentenciador pudo hacer la valoración en conciencia para dictar el fallo y, además, los razonamientos sobre la comisión del delito y la participación en él como autor del delincuente recogidos en la sentencia no son ilógicos, ni absurdos, por lo que es procedente estimar que en el caso la presunción interina de inocencia ha sido adecuadamente destruida.

El principio non bis in idem no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento pues está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad recogidos en el art. 25 de la Constitución . Según este principio no es aceptable que en distintos procedimientos se sancione una misma conducta lo que entrañaría una inadmisibles reiteración del ius puniendi del listado (Sentencias del Tribunal Constitucional de 2/1981 , 159/1985 y 94/1980). Pero está también declarada en la jurisprudencia constitucional la compatibilidad de una doble sanción cuando existe un doble interés jurídicamente protegible y así se admite la sanción en vía administrativa que no es ejercicio del ius puniendi por el lisiado, sino del poder disciplinario detentado en virtud de la relación jurídica estatutaria que vincula al funcionario con la Administración que le sanciona, junto con la imposición de sanción penal (Sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de diciembre de 1991). En el caso se ha sancionado administrativamente la actuación contraria a los intereses municipales mediante el irregular control de fondos públicos y en detrimento de la hacienda municipal, y penalmente ha sido apreciada la comisión de un delito de malversación de caudales públicos en que se protege también la confianza de los ciudadanos en una administración leal de los fondos públicos (Sentencia de 15 de noviembre de 1993), cada una de esas sanciones impuesta pues en razón de diferentes intereses jurídicamente protegidos.

En cuanto a la infracción del principio constitucional de igualdad no se expresa por el recurrente ningún término de comparación con el caso de diferente sanción a otra persona en iguales circunstancias que él con el que parangonar su suerte en el procedimiento en que ha sido condenado, y es claro, que la comprobación de una vulneración de esa garantía requiere, como presupuesto, la determinación de términos de comparación (Sentencia de esta Sala de 23 de abril de 1992). que aquí no ha existido.

En conclusión ninguno de los tres principios constitucionales invocados en el motivo aparece conculcado y, en consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

Segundo: El motivo correlativo de recurso, que se formula con carácter subsidiario al anterior, y a tenor del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia errónea valoración de la prueba documental tanto la recogida en el expediente administrativo como en los documentos aportados por el Ayuntamiento de Gijón en los que estima que, variando el contenido de unos documentos a otros contiene errores en la cuantía de la cantidad que la sentencia dice fue malversada, que en un caso se incluye dos veces la misma cantidad.

El error del Juzgador en la apreciación de la prueba exige el art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que se base en documentos "que obren en autos y que demuestren la equivocación del Juzgador y que además no resulten contradichos por otros elementos probatorios. La jurisprudencia de esta Sala ha sistematizado minuciosamente los requisitos precisos para el éxito de ésta, calificada de estrecha, vía casacional: 1.º) que haya existido error en la apreciación de la prueba de significado suficiente para modificar el contenido del fallo. 2.º) que este error quede demostrado por medio de prueba documental, única respecto a la cual el Tribunal de casación tiene las mismas posibilidades de examen directo e inmediato que tuvo el de instancia, no siendo admisibles otras clases de pruebas que aunque se haya reflejado documentados en los autos, tienen otra naturaleza. 3.º) que al documento correspondiente obre incorporado a los autos para que la Sala de casación pueda verificar su contenido, y 4.º) que lo que resulta del documento o documentos no sea contradicho por



lo que acrediten otros medios de prueba, ya sea documental o de otra clase, cuyo contenido haya preferido el Juzgador en el ejercicio de su facultad de libre valoración y en la apreciación conjunta de toda la prueba practicada, pues no hay establecido en el Derecho español un sistema de valoración preferente de unas pruebas sobre otras (Sentencias de 2 de febrero y 17 de mayo de 1993).

En el caso en consideración, la diferencia en menos de la cantidad malversada redundaría en una reducción de la pena, pero falta la existencia del primer requisito antes dicho. En efecto, afirma el recurrente que se han tomado en consideración en su contra dos veces el mismo número de tarjetas -705-, cuyo valor se habría contabilizado doblemente para evaluar el montante de la cantidad malversada. No hay tal en los folios 14 y 48 constan el contenido de una comparecencia del propio recurrente en la que se hace una liquidación en la que constar 718 tarjetas (suma a su vez de las recogidas en un informe del depositario del Ayuntamiento de Gijón, al folio 22 de 705 clandestinamente numeradas que sustituyeron a otras tantas originales vendidas y otras 13 no numeradas pero también vendidas) que, por tanto, aclaran los datos que se dicen duplicados. No se trata de las que había vendido el acusado, sino de duplicados de una parte de las 1.435 que entregó al hacer su liquidación y que, en realidad, en esa parte de 718 tarjetas había cobrado al venderlas clandestinamente. No ha sufrido error el Juzgador de instancia y por ello no hay base para acoger el motivo, que debe ser desestimado.

Tercero: El último motivo que se utiliza, con base en el art. 849.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , denuncia infracción de ley por aplicación indebida del art. 394.4.º y no aplicación del 396.1.º del Código Penal . El motivo se introduce para el caso de no estimarse los dos precedentes y mantiene que en los hechos probados no consta que el acusado tuviere ánimo de apoderamiento definitivo por lo que no debió ser aplicado el tipo de malversación del núm. 4.º del art. 394, sino el menos grave del 396.1.º. ambos del Código Penal , ya que, reconociendo la dificultad de fijar la borrosa frontera entre uno y otro delito, en su favor consta la pronta devolución de la cantidad tomada.

La jurisprudencia de esta Sala viene recogiendo que la diferencia entre las figuras del delito de malversación del art. 394 y del denominado peculado de uso del 3º del Código Penal , está en el elemento subjetivo de cada una de ellas. En el primero el funcionario actúa con el ánimo de incorporar caudales públicos a su patrimonio, mientras que en el segundo los toma sólo para usarlos y con propósito de reintegrarlos después de una distracción interina de los fondos. En un caso hay un animo rem sibi habendi y en el otro sólo un animus utendi. La distinción en cada caso de cual haya sido ese ánimo, es difícil por la dificultad de aprehensión del designio que dirigió la actuación del agente, oculto al observador, y que hay que conseguir alcanzar mediante lógicas deducciones sobre hechos externos probados que permitan fundarlas (Sentencias de 4 de octubre , 23 y 24 de noviembre de 1993 . entre las más recientes). En el caso el acusado procedió a un pronto reintegro de la cantidad que había tomado, pero para proceder a su devolución hubo de hacerse una liquidación del montante de la misma. No había una separación previamente establecida y conocida por el propio agente de lo que había tomado que le permitiera separarlo de su patrimonio personal y significaría una diferenciación que constituyera clara frontera entre una y otra cantidad, ni concurren tampoco circunstancias que explicaran una temporánea disposición de los fondos públicos que tenía encomendados, aplicándolos a usos propios, circunstancia que hubiera debido alegar el propio encausado. Hay pues que deducir, como lo razona la sentencia de instancia, que tuvo lugar una verdadera apropiación de los caudales públicos que se mezclaron con los propios del autor del hecho, que obró con propósito de hacerlos suyos.

El motivo debe ser desestimado.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación por infracción de ley y de principios constitucionales, interpuesto por Carlos Alberto , contra Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, de fecha 14 de enero de 1993 , en causa seguida a dicho acusado por delito de malversación de caudales públicos. Condenamos a dicho recurrente al pago de las costas ocasionadas en el presente recurso.

Y comuníquese la presente resolución a la mencionada Audiencia a los efectos legales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió.

ASI por esta nuestra sentencia que se publicará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Enrique Ruiz Vadillo.- Joaquín Martín Canivell.-Roberto Hernández Hernández.-Rubricados.